

# A TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*Lyvia de Moura Amaral<sup>1</sup>, Delton R. S. Meirelles<sup>2</sup>*

<sup>1</sup>UFF/ Faculdade de Direito, R. Presidente Pedreira, 62, Niterói (RJ), lyvia\_amaral@yahoo.com

<sup>2</sup>UFF/ Faculdade de Direito, R. Presidente Pedreira, 62, Niterói (RJ), delton@vm.uff.br

**Resumo-** O presente trabalho busca, a partir de decisões proferidas pelo TCU (Tribunal de Contas da União), analisar as questões jurídicas envolvendo a contratação de mão-de-obra pela Administração Pública, por meio de contratos de terceirização de serviços em vez de nomeação por concurso público. Apesar de admitida numa concepção gerencial de Estado, verifica-se que a terceirização utilizada pela Administração brasileira, em vários casos, revela-se como um instrumento para burlar princípios constitucionais reitores do direito administrativo, atendendo a interesses patrimonialistas e eleitoreiros, sendo tal prática objeto de sucessivas impugnações pelo órgão máximo de controle interno administrativo: o Tribunal de Contas.

**Palavras-chave:** Controle da Administração. TCU. Terceirização ilícita.

**Área do Conhecimento:** VI Ciências Sociais Aplicadas.

## Introdução

Identifica-se na Administração pública brasileira um grave problema no campo da contratação de mão-de-obra. Não obstante o advento da Constituição de 1988, que, buscando moralizar o mecanismo da contratação de servidores, passou a exigir prévio concurso público para o provimento de cargos efetivos, desenvolveu-se uma nova prática política, a terceirização ilícita de mão-de-obra, objetivando a manutenção de um sistema de seleção baseado no nepotismo e apadrinhamento.

Destarte a relevância do tema, pretende-se explicar, de forma sucinta, como e por quais motivos ocorrem tais irregularidades, bem como, demonstrar que tal prática é comum na Administração pública brasileira, em flagrante desrespeito aos princípios básicos do direito administrativo, como a supremacia do interesse público, a impessoalidade e a moralidade.

## Material e Métodos

O presente trabalho abordará a terceirização na Administração pública, por meio de método dedutivo, apontando de que modo essa “forma de contratação” é usada para contornar os princípios fundamentais do Direito administrativo.

Por meio da análise da “jurisprudência” do Tribunal de Contas da União, demonstrar-se-á que a terceirização ilícita é prática corriqueira na Administração pública, e, portanto, tais contratações devem sofrer um rígido controle de economicidade, bem como da moralidade e impessoalidade.

Em seguida, apresentar-se-á a discussão doutrinária sobre a terceirização, quais as alegadas vantagens para a utilização desta na gestão da estrutura administrativa, bem como, as desvantagens e como ela serve a burlar a Constituição.

## Resultados

Um dos mecanismos de controle dos atos administrativos e das contratações no âmbito da Administração pública, é por meio da instituição do Tribunal de Contas.

A seguir, analisam-se alguns exemplos da atuação do Tribunal de Contas da União em processos administrativos nos quais são encontradas irregularidades em contratos públicos que tinham como objeto a terceirização (utilizada como justificativa para a locação de mão-de-obra).

No primeiro caso, tem-se o seguinte:

Representação formulada por pessoa física. Possíveis irregularidades no âmbito da CEF - Gerência em Recife PE. Tomada de preços. Contratação de empresa especializada em prestação de serviços de telemarketing. Inspeção e audiência realizadas. Constatação de que trata-se de terceirização de serviços relacionados como uma das atividades a serem desempenhadas por servidores da CEF. Conhecimento. Recomendação. Determinação. Ciência ao interessado. - Terceirização de serviços de telemarketing. Análise da matéria.

Aqui, o TCU decidiu “(...) *recomendar à Caixa Econômica Federal que efetue estudos com vistas à adoção de medidas necessárias à correção da ilegalidade consistente na contratação de serviços de Telemarketing, por meio de empresa terceirizada, uma vez que tal atribuição está relacionada como uma das atividades a serem desempenhadas por servidores da Caixa Econômica Federal (...), o que configura violação ao disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal (...)*”. (processo 005.565/2001-3, acórdão 71/2003, Plenário, CEF/Gerência de Filial de Suprimento de Materiais e Serviços em Recife-GISUP/RE).

Em um segundo caso, tem-se o seguinte:

Auditoria. TRF 5ª Região PE. Área de licitações e contratos. Recurso extraordinário e pedido de reexame de acórdão que aplicou multa ao responsável e de decisão que determinou a adoção de providências quanto à contratação direta por dispensa ou inexistência de licitação, fracionamento de despesa, contrato para aquisição de passagem como serviço de natureza contínua, prorrogação irregular de contrato, contratação irregular de pessoal para prestação de serviços inerentes a cargos da estrutura do órgão. Ausência de fatos novos. Negado provimento. Não conhecimento do recurso extraordinário ante a

inexistência deste tipo de recurso no TCU. - Dispensa de licitação em situação emergencial ou calamitosa e para contratação de consultoria organizacional. Considerações.

Relatório: (...) 101.Ocorrência 9: Contratação de mão-de-obra por meio de firma prestadora de serviço para o desempenho de atividades inerentes a cargo do Quadro de Pessoal do TRF-5ª Região (Contrato nº 02/99, celebrado em 04.02.1999, com a Gold Service - Serviços e Comércio Ltda.), o que caracteriza contratação indireta de pessoal, segundo entendimento do TCU (Decisão nº 567/95-Plenário e Acórdão nº 062/95-Plenário), e, portanto, infringência ao inciso II, do art. 37 da Constituição Federal (parágrafo 187 do relatório de auditoria).

O Ministro Relator, em seu voto, assim se manifestou: *“A questão que suscita maior polêmica é a da contratação de mão-de-obra por meio de firmas prestadoras de serviço, para o desempenho de atividades que, embora a denominação seja outra, as tarefas executadas (exceto serventes e lavadores de carros) são típicas dos cargos previstos no Plano de Cargos da unidade, caracterizando contratação indireta de pessoal e, portanto, infringindo o inciso II do art. 37 da Constituição.”* (proc. 013.721/1999-2, acórdão 551.2002, Segunda Câmara, TRF/5ª Região).

Como um terceiro exemplo tem-se o seguinte:

Sumário. Pedidos de reexame interpostos pelo Banco do Nordeste do Brasil S/A e pelo ex-Superintendente Regional da instituição nos Estados do Pernambuco e Paraíba. Decisão nº 486/2002-Plenário e o Acórdão nº 179/2002-Plenário. Processo originário de representação formulada por equipe de auditoria. Contratação indireta de pessoal por intermédio de Fundações de Apoio para atividade-fim da entidade. Conhecimento. Argumentos insuficientes para ensejar a reforma das deliberações recorridas. Provimento negado. Ciência aos interessados. Retirada do sigilo.

Segue o relatório do Ministro Relator

(...) a) assinatura de “convênios” (34) que, na prática, caracterizam-se pelo fornecimento de profissionais para a execução de atividades finalísticas da entidade, as quais, obrigatoriamente, devem ser desempenhadas por profissionais de seu corpo funcional submetidos a concurso público;

b) configuração dos elementos que caracterizam a relação de emprego (subordinação, onerosidade e pessoalidade) entre os profissionais contratados pelas fundações e o Banco do Nordeste.

(...) 10.1.3 Se não bastassem esses aspectos, entendemos relevante destacar parte da análise das razões de justificativa feita pela SECEX/PB e transcrita no relatório da deliberação recorrida (fl. 87 do vol. principal), nos seguintes termos:

A presente representação é originária de auditoria operacional no Programa Crediamigo, matéria tratada no TC 003.749/2001-1. Tendo analisado com profundidade o programa, o grupo auditor pode asseverar que sua concepção é exclusiva do Banco do Nordeste, sem participação de qualquer outro organismo. A atuação das fundações contratadas, diferente do disposto nos instrumentos contratuais (fls. 28 a 36) restringe-se ao pagamento dos assessores de crédito, após o repasse do dinheiro por par-

te do Banco do Nordeste. O Banco encarrega-se da seleção (encontramos o resultado de um processo seletivo na porta da agência central de João Pessoa, na fase de execução da auditoria), do treinamento (conforme diversos depoimentos, os assessores são treinados periodicamente em Fortaleza, nas dependências do Banco e por seu próprio pessoal), monitora de forma ininterrupta o desempenho individual dos contratados, mantém-nos sob subordinação direta, sem qualquer intermediação do dito contratante e se arroga a prerrogativa de dispensá-los.

(...) “11.1.2 Em outras palavras, a natureza do trabalho não repercute na caracterização ou não da relação de emprego e sim na burla ou não da exigência de concurso público, pois tratando-se de atividade-fim do Banco do Nordeste, o concurso é requisito necessário por força do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, bem como do art. 25 da Lei nº 1.649/52; tratando-se, entretanto, de atividade-meio seria possível, em algumas hipóteses, a terceirização dos serviços.”

Neste caso os Ministros do TCU acordaram em conhecer dos pedidos de reexame interposto para, no mérito, negar-lhes provimento com fundamento no art. 48 c/c o parágrafo único do art. 32 e art. 33 da Lei nº 8.443/92. (processo 016.209/2001-6, acórdão 445/2003, Plenário, Banco do Nordeste do Brasil S/A e Sr. Manoel Brandão Farias, Ex-Superintendente Regional do BNB nos Estados de Pernambuco e da Paraíba)

Traz-se ainda mais um exemplo:

Denúncia. Possíveis irregularidades praticadas pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI. Utilização de mão de obra indireta na execução de atividades inerentes às categorias funcionais do plano de cargos e salários. Razões de justificativa insatisfatórias. Conhecimento. Procedência. Suspensão da utilização da mão de obra terceirizada. Determinação. Juntada às contas anuais. - Contratação indireta de mão-de-obra. Terceirização.

Voto do Ministro Relator: (...) Trata-se, nesses casos, de falsa terceirização, de possibilidade de contratação de pessoal pelo poder público sem obediência às normas constitucionais e legais existentes, mascarando uma relação de emprego, permitindo distorções tais como a prorrogação de contratos temporários acima de prazos legais, ou a utilização de mão-de-obra para realização de tarefas estranhas às suas atribuições, relacionadas, fundamentalmente, à atividade-fim de órgãos públicos, onde não haveria limites à quantidade ou à remuneração do pessoal contratualmente arrematado.(...) Esta Casa, por não estar alheia às dificuldades enfrentadas pelos Administradores e na tentativa de evitar que sejam causados prejuízos de ordem social à coletividade, adota posição moderada e tolera a existência de certas práticas que podem, ‘stricto sensu’, ser tidas como ilegais, mormente quando eivadas exclusivamente de deficiências de natureza formal. É o que ocorre, usualmente, com a contratação indireta de mão-de-obra, caracterizada pela firmatura de contratos para a execução de tarefas previstas nos Planos de Cargos e Salários das Instituições.

Neste caso, o TCU se posiciona no sentido de fixar um prazo de 180 dias para que a INPI adote as providências cabíveis no sentido de fazer ces-

sar a utilização de mão-de-obra terceirizada para a execução de atividades-fim da Autarquia, relativas às atividades relacionadas aos exames de marcas e patentes, bem como quaisquer outras inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo Plano de Cargos e Salários do INPI. (proc. 044.799/1998-4, acórdão 564/2003, Plenário, Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI).

Em consonância com o TCU, os Tribunais de Contas estaduais também vem julgando irregular a execução, por um terceirizado, de um serviço inerente a determinado cargo previsto no plano de cargos, bem como a terceirização de mão-de-obra, situação em que se caracterizaria um vínculo empregatício entre o empregado e a Administração pública (tomadora de serviços).

### **Discussão**

No contexto do Estado gerencial brasileiro, da desestatização, deseja-se a “diminuição” do Estado, possibilitando uma flexibilização dos rígidos modos de atuação da Administração Pública, visando maior eficiência, e menor custo operacional, através de uma mudança na própria concepção de serviço público. A terceirização (contratação de terceiros para prestação de serviços acessórios, instrumentais e complementares) é um dos caminhos encontrados para a redução da atividade estatal, ressaltando a importância da parceria entre a Administração Pública e a iniciativa privada.

Marcos Juruena (PGE/RJ) [1] afirma que o objetivo da Administração com a terceirização é a economicidade. Apesar de muitas vezes, o valor médio por indivíduo ser até superior ao que era pago como salário antes da terceirização, leva-se em conta que os custos com a gestão e fiscalização dos serviços individualmente considerados são transferidos ao fornecedor da mão-de-obra. Além disso, num cenário de desestatização, há uma forte tendência de o Estado reduzir a despesa fixa com pessoal, preparando suas empresas para a privatização.

Assim, em vista dessa necessidade de operacionalizar um serviço público de forma compatível com a privatização, a solução, de caráter temporário, não é admitir novos servidores fixos. Nesse sentido, sendo uma opção discricionária do Administrador, a terceirização foi o meio escolhido para “reduzir” o tamanho do Estado, configurando um novo modelo de gestão de pessoal.

Sérgio Pinto Martins (TRT/SP) [2] também partilha desse entendimento, defendendo que o Estado beneficia-se da terceirização, ao destinar atividade que não lhe é essencial a outras pessoas que são mais competentes na prestação de serviços, podendo fazê-la por um custo menor, sendo até mesmo uma forma de diminuir o déficit estatal, racionalizando a sua estrutura.

Nessa perspectiva, conforme os argumentos anteriormente apresentados, a terceirização de

serviços poderia atender adequadamente aos interesses do Estado, preenchidos alguns requisitos.

Os contratos de terceirização de serviços, celebrados entre a Administração e o setor privado exigem prévio procedimento licitatório (Lei 8.666/93), e podem ter como objeto somente atividades de caráter acessório, instrumental ou complementar (Decreto 2.271/97, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública direta, autárquica e fundacional, no âmbito da União Federal). É válido destacar que as funções típicas de Estado (função de polícia, jurisdicional, etc), não podem, em hipótese alguma, ser objeto de terceirização, pois constituem serviço público de exclusividade do Estado.

Assim, o contrato de terceirização só é possível para as atividades-meio, e que não estejam previstas no plano de cargos da entidade contratante. Logo, são lícitas as terceirizações de serviço de motorista, segurança, limpeza, recepção, reprografia, informática, etc., desde que não constituam funções típicas de servidores de cargos efetivos.

E ainda, para que a terceirização seja plenamente válida, não podem existir elementos pertinentes à relação de emprego no trabalho do terceirizado, como a subordinação. Deve haver uma parceria entre a Administração e a empresa prestadora de serviço, que terá total autonomia quanto aos seus empregados.

Ocorre que, como exposto nas decisões do TCU mencionadas, a Administração pública utiliza-se do rótulo “terceirização” para constituir uma situação irregular, fraudulenta, claramente em confronto ao interesse público.

Em diversas situações, a Administração se utiliza da “terceirização” para, na realidade, fazer locação de mão-de-obra, através da contratação de pessoa interposta. A contratante solicita que se coloque à sua disposição, no lugar que indica, número certo de empregados, que podem ou não ser aceitos e que desenvolverão, por supervisão da contratante, as atividades que determinar. Trata-se de fraude à legislação trabalhista, nada mais que isso. A locação de mão-de-obra sempre tenta travestir-se de terceirização a fim de adquirir aparente revestimento de legalidade.

Se o empregado mantém uma relação com a suposta empresa tomadora de serviços, preenchendo as características da subordinação, habitualidade e personalidade, existe materialmente um vínculo empregatício, conforme enuncia a Súmula 331, inc. I, do TST.

No entanto, no caso de ser a Administração pública a tomadora de serviços, face à exigibilidade de concurso para o provimento originário dos cargos públicos efetivos, hipótese da terceirização irregular, impossível cogitar-se da formação do vínculo de emprego (art. 37, II da CRFB c/c Súmula 331, inc. II, do TST). A terceirização, como con-

trato de fornecimento de mão-de-obra, é um afronto a própria Constituição.

No que diz respeito à dispensa de concurso público, previsto no art. 37, IX da Constituição, isso ocorre somente nos casos de contratação temporária em situações de urgência e excepcional interesse público. Já no caso da locação de mão-de-obra, as atividades desempenhadas têm natureza permanente, e não é caracterizada uma situação de urgência, que poderia dispensar o concurso público.

Assim entende Jessé Torres (TJ/RJ) [3]: “Ao eleger o concurso público como meio exclusivo de acesso a cargos e empregos públicos, a Constituição de 1988 (art. 37, II) pretendeu ferir de morte a prática do clientelismo na Administração Pública, ou seja, o ingresso segundo critério do apadrinhamento, e, não, o do mérito. A resposta que contorna a exigência do concurso público veio sob o disfarce da chamada “terceirização” do serviço público, que consiste em contratar a terceiros (empresas privadas) o fornecimento de mão-de-obra para a execução de tarefas que, de outro modo, deveriam ser desempenhadas por servidores públicos”.

A terceirização ilícita traz conseqüências danosas ao interesse público, na medida em que favorece o apadrinhamento político, burla a exigência constitucional de concurso público, escapa às normas constitucionais sobre servidores públicos, cobra taxas de administração incompatíveis com os custos operacionais, com os salários pagos e com os encargos sociais, não observa as regras das contratações temporárias, e contrata servidores afastados de seus cargos para prestarem serviços sob outro título ao próprio órgão do qual está afastado e com o qual mantém vínculo de emprego público.

Devemos destacar também que essa terceirização ilícita provoca um problema de ordem social, sendo um fator de discriminação no ambiente de trabalho, segregando aqueles funcionários com *status* de efetivo daqueles com *status* de contratado, sendo estes últimos uma categoria inferior. Na realidade, tais pessoas, contratadas por pessoa interposta, são simples funcionários de fato. Neste caso, o objeto real do contrato não é a prestação de serviços, mas o fornecimento de mão-de-obra.

É interessante destacarmos a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000), que, embora seja objeto da ADIN nº 2238/2000, em seu artigo 18, §1º reconhece que a prática da terceirização de mão-de-obra é corriqueira na Administração pública, ao determinar que os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos sejam contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”.

Um outro exemplo é Ato normativo nº 06/2002, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,

que estabelece uma vedação a essa locação de mão-de-obra, como vemos a seguir:

(...) CONSIDERANDO que, a par da escolha objetiva da melhor proposta, é necessário orienta-se a estrutura organizacional da Administração Judiciária para bem acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos de prestação de serviços, inconfundíveis com eventual locação de mão-de-obra;

RESOLVE: (...)

Art 4º - É vedado: (...)

II - atribuir a empregado de empresa contratada para a prestação de serviços de apoio a execução de tarefa própria da atividade-fim do Poder Judiciário, em qualquer órgão ou instância de prestação jurisdicional;

III - delegar a empregado em serviços de apoio a prática de atos privativos de servidor, nos órgãos administrativos.

Da análise do ato normativo supracitado, resta claro que essas práticas são freqüentes no âmbito do referido órgão, daí porque a necessidade de edição de tal ato para coibi-la.

### Conclusão

Por todo exposto, constatamos que essa prática de intermediação de mão-de-obra, por ilícita que seja, é corriqueira no âmbito da Administração Pública, sendo, na realidade, baseada numa troca de favores políticos.

Deve, portanto, ser duramente repelida, e, nesse sentido, os Tribunais de Contas desempenham um importante papel, exercendo um controle de economicidade, atribuição conferida pela Constituição da República, e também pela Lei 8.666/93 (art. 113).

Assim, o Tribunal de Contas há de aprofundar-se no exame da matéria e exigir da Administração, ao menos, estudos demonstrativos das vantagens que, em cada caso, resultariam, para o serviço público, da contratação de mão-de-obra a terceiros, quando se tratar de pessoal a ser utilizado nas atividades-meio do Estado, defeso que o seja nas atividades-fim, serviços públicos essenciais, como a atividade jurisdicional e o poder de polícia.

### Referências

[1] JURUENA, Marcos Villela Souto. *Desestatização – privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

[2] MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 3 ed. ampl. e rev. Coleção temas de direito e processo do trabalho, vol. 1. São Paulo: Malheiros, 1997.

[3] PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 6 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.